

Ext. A-13158

Новое изслѣдованіе по исторіи посольской  
внѣземельности.

проф. Вл. Э. Грабаря.

В. А. Овчинниковъ: «Къ учению о посольской неприкосновенности. Обзоръ литературы вопроса о неприкосновенности посла, совершившаго преступленіе въ мѣстѣ миссіи за время отъ Конрада Бруна до Гуго Гроція» (Варшава, 1915. Стр. XX—195).

Издавна принято связывать начало научной разработки международного права съ именемъ Гуго Гроція. Правда, изслѣдованія послѣднихъ десятилѣтій бросили нѣкоторый свѣтъ на предшествовавшія Гроцію работы въ области международного права. Стало ясно, что Гроцій нашель уже всѣ элементы для созданной имъ научной системы готовыми. О многихъ изъ своихъ предшественниковъ онъ и самъ упоминаетъ, но далеко не отводитъ имъ того мѣста, которое имъ по праву принадлежитъ. Трудями новѣйшихъ историковъ эти забытые созидатели новой отрасли юридическаго знанія начинаютъ возстановливаться въ своихъ правахъ.

Разсматриваемая работа также направлена къ болѣе вѣрному выясненію того положенія, которое долженъ занимать въ литературной исторіи международного права такъ называемый родоначальникъ его. Она посвящена генезису одного изъ интереснѣйшихъ учений, всегда связываемаго съ именемъ Гроція, ученія о посольской внѣземельности (экстерриториальности). И это ученіе, подобно многому другому, Гроцій нашель, можно сказать, въ готовомъ видѣ въ странѣ, давшей ему пріютъ. Авторомъ ея былъ французскій юристъ XVI вѣка, Пьеръ Эйро (Ayrault—латинизированное имя: Aerodius). Фактъ этотъ, мало кому извѣстный, въ литературѣ впервые констатированъ, сколько мнѣ извѣстно, В. А. Овчинниковымъ.

Задача г. Овчинникова, какъ онъ самъ ее опредѣлилъ, состояла въ томъ, чтобы дать систематическій обзоръ литературы XVI-го и начала XVII-го в.в., посвященной вопросу о неприкосновенности посла

въ случаѣ совершенія имъ преступленія въ мѣстѣ и во время своей миссіи (стр. III).

Къ сожалѣнію, авторъ слишкомъ строго слѣдовалъ намѣченному плану дать обзоръ литературы и не привлекъ къ своему изслѣдованію фактовъ современной писателямъ XVI—XVII в.в. дѣйствительной жизни. Такое совмѣстное разсмотрѣніе жизни и ея отраженія въ литературѣ какъ будто даже намѣчалось. Въ предисловіи, поясняя пользу приводимыхъ имъ біографическихъ свѣдѣній о нѣкоторыхъ писателяхъ, авторъ справедливо замѣчаетъ, что «нѣтъ нужды говорить еще о томъ, насколько біографическія данныя въ состояніи только облегчить дѣло познанія взглядовъ того, либо другого автора, въ особенности, если извѣстныя теоретическія сужденія относятся до области, въ которой писатель выступалъ и въ роли практическаго дѣятеля...» (стр. IX). Оставалось сдѣлать только еще одинъ шагъ, чтобы отъ «практическаго дѣятеля» перейти къ практической дѣятельности и ввести ее въ рамки своего изслѣдованія. Однако этого шага авторъ не сдѣлалъ, хотя сознавалъ, видѣлъ и чувствовалъ, въ какой необходимой связи находится литература посольскаго права съ современною ей посольскою практикою. Такъ, напримѣръ, во Введеніи своемъ, авторъ самъ приводитъ возникновеніе вопроса о независимости посла, т. е. болѣе широкое пониманіе термина неприкосновенности или святости посла, въ связь съ установленіемъ обычая постоянныхъ посольствъ; «ни на чемъ такъ глубоко не отразилось въ литературѣ измѣненное положеніе вещей, говоритъ онъ, какъ на вопросѣ, которому посвященъ настоящий трудъ» (стр. 4). Онъ заявляетъ, что едва-ли найдется много трактатовъ этого времени, авторы которыхъ не испытывали бы на себѣ вліянія новаго положенія вещей, создавшагося въ этомъ вопросѣ благодаря тѣмъ измѣненіямъ, какія имѣли здѣсь мѣсто въ эту эпоху» (тамъ же); «сама, казалось, жизнь, дѣйствительность», читаемъ мы въ другомъ мѣстѣ «(между прочимъ) изслѣдуемаго періода, была за то, чтобы подчинить посла (въ надлежащихъ случаяхъ) вѣднію суда и наказанію со стороны мѣстной власти» (стр. 41). Если авторъ даетъ характеристику эпохи или дѣятельности посла того времени, то онъ дѣлаетъ это лишь «для примѣра» и то лишь въ примѣчаніяхъ (стр. 61 и 145). Въ отдѣлѣ, посвященномъ вопросу объ участіи пословъ въ заговорахъ, авторъ вынужденъ касаться фактовъ дѣйствительной жизни. Но и въ этомъ случаѣ онъ довольствуется тѣмъ, что находитъ въ литературѣ посольскаго права, какъ бы намѣренно ограничивая себя этимъ, по его собственному утвержденію, неprovѣреннымъ матеріаломъ. Въ этомъ отношеніи онъ слѣдовалъ примѣру изучаемыхъ имъ писателей, отношеніе которыхъ къ современной имъ дѣйствительной жизни самъ же онъ характеризуетъ слѣдующими словами: «Приводить болѣе подробныя ссылки на текущую дѣйствительность, выводить право изъ самой

жизни было, впрочем, и не въ духѣ системъ нашихъ авторовъ... Къ жизни, такимъ образомъ, обращались уже просто какъ ко второстепенному источнику, не подвергая большому анализу тѣхъ событій, на которыя дѣлались ссылки» (стр. 155). На одномъ изъ заговоровъ, важнѣйшемъ съ точки зрѣнія его вліянія на современныхъ писателей и ихъ теоріи — на заговорѣ, въ которомъ участвовалъ испанскій посолъ въ Лондонѣ, Бернардино Мендоза, авторъ останавливается подробнѣе (стр. 72—75). Но и здѣсь онъ пользуется исключительно литературными данными (Отманъ и Джентили), хотя самъ сопровождаетъ свое изложеніе словами сомнѣнія: «если вѣрить Отману». Подробное изложеніе этого дѣла, находящееся въ лѣтописи современнаго историка Кэмдена, приводится въ примѣчаніи (стр. 73—74). И это обращеніе къ историку является единственнымъ во всей работѣ г. Овчинникова. Другое повѣствованіе того же историка — о судѣ надъ Маріей Стюартъ — онъ не приводитъ даже въ примѣчаніи, хотя самъ же отмѣчаетъ, что въ этомъ повѣствованіи читатель можетъ найти «цѣлый рядъ соображеній... рго (какъ, впрочемъ, и contra) компетенціи англійскаго суда въ процессѣ Маріи Стюартъ» (стр. 111). Боязнь отойти отъ «литературы» у автора такъ велика, что онъ не только отворачивается отъ фактическихъ данныхъ, приводимыхъ въ лѣтописяхъ, но не подвергаетъ разсмотрѣнію и «соображеній» по разбираемымъ имъ вопросамъ, разъ онъ находитъ ихъ не у писателя по посольскому праву, а у историка. Болѣе того, достаточно, чтобъ высказанныя соображенія и сужденія имѣли не литературное значеніе, а были юридическими документами, чтобы авторъ отъ нихъ отвернулся. Онъ говоритъ о юридическихъ заключеніяхъ Джентили и Отмана, ибо эти юристы въ послѣдствіи напечатали свои заключенія, придавъ имъ литературную отдѣлку и развивъ ихъ въ цѣлыя сочиненія. Но онъ ограничивается простою ссылкой на «нѣкоторыя другія консультаціи юристовъ касательно посольскихъ привилегій» (стр. 62 прим. 1), о которыхъ упоминаетъ извѣстный изслѣдователь литературной исторіи международнаго права, Нисъ, хотя эти консультаціи вовсе не лишены интереса. Особенно странно поступилъ авторъ съ подготовительной замѣткою извѣстнаго писателя по вопросамъ международнаго права XVII вѣка, Уэлвуда, которую пишущій эти строки извлекъ изъ рукописей Британскаго музея и предоставилъ въ распоряженіе автора. Послѣдній напечаталъ эту замѣтку, относящуюся къ 1604 году, въ Приложеніяхъ къ своей книгѣ (Прилож. VI, стр. 192—195), но въ самомъ изслѣдованіи своемъ совершенно игнорируетъ ее: мнѣ не удалось найти ни одного указанія, ни одной ссылки на этотъ документъ. Послѣдовательность автора прямо изумительна: литература, чистая литература, по возможности безъ всякой примѣси дѣйствительной жизни. Видѣлъ-ли авторъ въ этомъ требованіе научнаго метода — не смѣшивать фактовъ дѣйствительности съ литературными изложеніями, или онъ сдѣлалъ это, предвидя, что задача его, при-

иномъ методѣ, значительно усложнится, сказать трудно. Можно лишь выразить сожалѣніе, что не былъ избранъ второй путь — связи литературныхъ теченій съ фактами дѣйствительности. Отъ этого работа автора значительно выиграла бы и приобрѣла недостающую ей въ настоящемъ ея видѣ жизненность и силу.

Обращаясь къ содержанію книги. Она распадается на три части, или главы. Имъ предпосланы Предисловіе и Введеніе. Въ концѣ книги — краткое заключеніе и шесть приложений.

Оглавленіе, помѣщенное въ концѣ книги, не даетъ возможности судить объ ея содержаніи: «Глава 1-ая. Введеніе ко 2-ой главѣ. Глава 2-ая. Введеніе къ 3-тѣй главѣ. Глава 3-ья. Заключеніе». Чтобы узнать, что кроется подъ этими рубриками, необходимо обратиться къ Предисловію, гдѣ авторъ вкратцѣ излагаетъ содержаніе своей книги. Въ томъ же Предисловіи даются краткіе біографическіе очерки важнѣйшихъ изъ тѣхъ писателей XVI и XVII в.в., которые послужили автору матеріаломъ для его изслѣдованія.

Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему изложенію содержанія книги, считаю нужнымъ отмѣтить, что одна часть ея уже была напечатана авторомъ ранѣе подъ заглавіемъ «Неприкосновенность преступныхъ пословъ въ литературѣ XVI-го и начала XVII-го в.в.» (Варшава, 1912). Напечатанная ранѣе часть составляетъ въ разсматриваемой книгѣ Введеніе и Главу I (стр. 1—57 = стр. 1—40 прежней работы), а также Приложение I (стр. 143—153 = стр. 43—49 прежней работы).

Далѣе, считаю нужнымъ отмѣтить также отношеніе автора къ существующей литературѣ по изслѣдуемому имъ вопросу. Литературы, непосредственно касающейся этого вопроса, почти не существуетъ. То, что имѣется въ общихъ изслѣдованіяхъ по посольскому праву или въ специальныхъ, посвященныхъ посольской внѣземельности, не основано на самостоятельномъ изученіи матеріала и не могло оказать автору существенной помощи. Только работы Ниса, Maulde la Clavière и работы, посвященные вопросу объ установленіи постоянныхъ посольствъ, да еще сочиненія, касающіяся одного изъ изслѣдуемыхъ авторомъ писателей, Джентили, могли быть для него полезны. Значительную часть этой литературы авторъ имѣлъ въ своемъ распоряженіи и привлекъ ее къ изслѣдованію. Правда, онъ отводитъ ей очень мало мѣста и при томъ почти исключительно въ примѣчаніяхъ; только Лѣнингу отведено мѣсто въ текстѣ (стр. 109—110). Нетрудно отмѣтить рядъ работъ, которыя авторомъ не были приняты во вниманіе (напр., всѣ работы, касающіяся Джентили, кромѣ одной, на которую онъ ссылается, — Reiger'a), но гораздо труднѣе указать, что именно онъ могъ бы извлечь изъ нихъ для своего изслѣдованія. Въ виду этого, мнѣ кажется, авторъ былъ правъ, что не загромодилъ своей научной работы экскурсами въ области литературныхъ мнѣній, которыя по данному вопросу почти всегда голословны или невѣрны. Онъ бралъ свой

материалъ непосредственно изъ источниковъ, каковыми для него являлись авторы XVI—XVII в.в., писавшіе по вопросамъ посольскаго права. Значительное большинство этихъ писателей г. Овчинниковъ изучилъ непосредственно, съ остальными, работъ которыхъ ему не удалось достать, онъ ознакомился по сборнику «De Legatis et Legationibus tractatus varii» (Юрьевъ, 1905).

Перехожу къ изложенію самаго хода мыслей въ изслѣдованіи г. Овчинникова.

Во Введеніи (стр. 1—12) авторъ устанавливаетъ связь вопроса о независимости посла съ водвореніемъ въ Европѣ обычая постоянныхъ посольствъ. Въ XVI—XVII в.в. посольской независимости не существовало: посолъ въ извѣстныхъ случаяхъ подлежалъ дѣйствию мѣстной юрисдикціонной власти. Если вопросъ о независимости посла и ставился, то лишь какъ слѣдствіе его неприкосновенности. Послѣдняя, существовавшая и признававшаяся во всѣ времена, давала послу охрану отъ оскорбленія и насилія, но не изымала его изъ-подъ дѣйствія суда въ случаѣ совершенія имъ извѣстныхъ преступленій: «судебное насиліе» («vis judicialis») въ отношеніи къ послу допускалось, несмотря на полное признаніе посольской неприкосновенности. Такъ было въ Римѣ; такъ продолжалось и въ средніе вѣка. Старое начало зависимости посла отъ мѣстной судебной власти подверглось пересмотру только послѣ того, какъ институтъ постоянныхъ посольствъ прочно водворился въ Европѣ. Посламъ въ новыхъ условіяхъ ихъ дѣятельности нужны были новыя привилегіи, и, въ результатѣ, посолъ освобождается отъ дѣйствія мѣстной власти и становится внѣземельнымъ. Періодъ XVI—XVII в.в. является переходнымъ временемъ къ новому юридическому положенію дипломатическихъ агентовъ. Въ это время идетъ еще борьба между двумя направленіями въ вопросѣ о посольской независимости, и авторъ вѣрно подмѣтилъ извѣстную связь этихъ направленій въ литературѣ со взглядами, которыхъ держались писатели на самый институтъ постоянныхъ посольствъ. Тѣ, для кого новый институтъ представлялся неправомѣрнымъ новшествомъ или, по крайней мѣрѣ, «несчастливымъ плодомъ этой несчастной эпохи» («infelicitis huius aetatis infelix partus»), естественно не были сторонниками расширения посольскихъ привилегій, относились отрицательно къ установленію посольской независимости. Наоборотъ, писатели, примирившіеся съ обычаемъ постоянныхъ посольствъ и сознававшіе все значеніе этого института въ новыхъ условіяхъ междугосударственной жизни, мирились и съ необходимостью поставить посла въ положеніе полной независимости отъ мѣстной государственной власти. Подробнѣе объ отношеніи писателей XVI—XVII в.в. къ институту постоянныхъ посольствъ авторъ говоритъ въ Приложеніи I (стр. 143—149). Другой экскурсъ (Приложеніе II, стр. 150—153) посвященъ болѣе обстоятельному выясненію понятія посольской независимости въ отличіе отъ по-

сольской неприкосновенности. Очертивъ, такимъ образомъ, вполнѣ опредѣленно и ясно свою задачу, авторъ приступаетъ затѣмъ къ ея рѣшенію и знакомитъ насъ съ литературными взглядами XVI—XVII в.в. на положеніе посла-преступника вообще (Глава I) и посла-заговорщика въ частности (Глава II).

Раздѣленіе этихъ вопросовъ и отдѣльное рассмотрѣніе второго вопроса въ отдѣльной главѣ имѣетъ свое оправданіе, какъ въ особомъ принципиальномъ и практическомъ значеніи его, такъ и въ нѣкоторой юридической своеобразности положенія посла, участника политическаго преступленія, сравнительно съ посломъ, совершившимъ преступленіе неполитическаго характера. Оно можетъ быть оправдано отчасти и тѣмъ первенствующимъ мѣстомъ, которое отводитъ этому вопросу литература XVI—XVII в.в., какъ въ общихъ работахъ, посвященныхъ посольскому праву, такъ и въ специальныхъ монографіяхъ, изслѣдующихъ одинъ данный вопросъ. Эти монографическія изслѣдованія, сказать къстати, являются первыми въ области посольскаго права.

Но, если выдѣленіе вопроса о послѣ-заговорщикѣ имѣетъ свое основаніе и можетъ быть оправдано, то полное разобщеніе обоихъ вопросовъ, какъ это дѣлаетъ авторъ, не только непонятно, но является несомнѣнной методологической ошибкой, которая весьма невыгодно отразилась на всемъ изслѣдованіи. Благодаря такой постановкѣ, одинъ и тотъ же вопросъ о значеніи права народовъ (*ius gentium*) при опредѣленіи юридическаго положенія посла-преступника разбивается и разсматривается дважды, что естественно ведетъ къ недомолвкамъ, съ одной стороны, и къ ненужнымъ, излишнимъ повтореніямъ, — съ другой. Та же постановка вопроса приводитъ автора къ тому, что онъ подробно разсматриваетъ независимость посла въ отношеніи какъ матеріальнаго, такъ и процессуальнаго уголовнаго права, только примѣнительно къ послу-заговорщику, ограничиваясь нѣсколькими неясными замѣчаніями по данному вопросу въ главѣ I своего изслѣдованія. Объясняется все это, какъ мнѣ представляется, тѣмъ, что г. Овчинниковъ слишкомъ формально и строго слѣдовалъ за своими авторами, писателями XVI—XVII в.в., излагая ихъ аргументацію и не рѣшаясь соединять то, что у нихъ разъединено, и разобщить то, что у нихъ оказалось связаннымъ. Возможно, что трактаты, изслѣдующіе положеніе посла-заговорщика, авторъ сталъ изучать обстоятельнѣе уже послѣ того, какъ глава I была напечатана. По крайней мѣрѣ, въ главѣ II авторъ и самъ констатируетъ, что «то, что говорилось тамъ, тѣ положенія римскаго законодательства, какія указывались авторами въ защиту подчиненности посла, приводятся ими и въ томъ случаѣ, когда приходилось обсуждать только болѣе частный случай преступленій *contra jus gentium* — заговоръ посла въ мѣстѣ и во время миссіи» (стр. 82). Въ результатѣ, въ двухъ главахъ получились два самостоятельныхъ очерка, связь между которыми читателю не всегда легко откры-

вается. При этомъ особенно пострадало изложеніе роли права народовъ въ опредѣленіи юридическаго положенія посла. Изложеніе это могло и должно было быть значительно ярче.

Въ Главѣ I (стр. 13—57) дается характеристика двухъ основныхъ направленій въ литературѣ посольскаго права до Гроція по вопросу о независимости посла. Но предварительно авторъ останавливается еще на выясненіи двухъ другихъ вопросовъ, находящихся въ тѣсной связи съ первымъ, а именно: 1) вопросъ о посольской неприкосновенности, какъ она понималась въ тогдашней литературѣ, и 2) вопросъ о роли права народовъ (*ius gentium*) при опредѣленіи правъ и обязанностей посла.

На вопросъ о посольской неприкосновенности авторъ останавливается недолго (стр. 13—22), чтобы затѣмъ всецѣло уже сосредоточиться на основномъ предметѣ своего изслѣдованія, — на посольской независимости. Онъ могъ придать этой части своей работы значительно большіе размѣры въ виду тѣсной связи, существующей между вопросомъ о неприкосновенности посла и вопросомъ о его независимости, и читатель былъ бы ему только благодаренъ. Однако авторъ предпочелъ дать читателю лишь самыя общія указанія, наиболѣе необходимыя для пониманія дальнѣйшаго изложенія. Онъ отмѣчаетъ существованіе въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ и въ рассматриваемое имъ время полного единогласія въ литературѣ по вопросу о посольской неприкосновенности въ томъ смыслѣ, что за посломъ всѣми признается право на безопасность и охрану отъ обидъ со стороны частныхъ лицъ или правительства, если эти обиды не вызваны виною посла, т. е., пока посолъ самъ не совершитъ правонарушенія. Указаны и источники, на которыхъ покоилось это право на неприкосновенность. Такими признавались: римское и каноническое право, историческіе примѣры, заимствованные, главнымъ образомъ, изъ исторіи народовъ древности, и, отчасти, самая природа посольской миссіи, заключающейся въ охранѣ и водвореніи мира между народами. Разногласіе литературы по ряду второстепенныхъ вопросовъ (напр., положеніе посла на территоріи третьяго государства, положеніе посла, состоящаго въ подданствѣ того государства, куда онъ отправленъ съ миссіей, — вопросы очень тѣсно связанные съ понятіемъ посольской независимости) отмѣчено лишь въ примѣчаніяхъ (на стр. 17—20), тоже, очевидно, съ благою цѣлью не отвлекаться въ сторону отъ главнаго предмета изслѣдованія и не дать книгѣ разрастись до слишкомъ большихъ размѣровъ.

Страницы, посвященныя роли права народовъ (*jus gentium*) въ опредѣленіи юридическаго положенія пословъ (стр. 22—33), могли бы быть особенно интересны, если бы авторъ, какъ уже указано было выше, не разорвалъ искусственно своего изслѣдованія на двѣ части (вторая часть помѣщена на стр. 63—90). Соединить обѣ части механически

невозможно, а представить здѣсь переработку ихъ — значило бы превысить права, принадлежащія рецензенту. Послѣдній, можетъ быть, хотя и невольно, передалъ бы мнѣнія автора не вполне правильно и точно.

Въ этой первой части, посвященной праву народовъ, констатируется важная роль, которую писатели рассматриваемаго авторомъ времени приписываютъ „праву народовъ“ (авторъ предпочитаетъ передавать терминъ „*ius gentium*“ словами: „народное право“). Это право дало институту пословъ юридическое признаніе (самое возникновеніе посольскаго института приписывается праву народовъ, отнюдь не естественному праву); на немъ основываются всѣ права пословъ, но имъ же слѣдуетъ руководиться и при опредѣленіи посольскихъ обязанностей. Уголовныя дѣянія пословъ подпадаютъ тоже только подъ дѣйствіе права народовъ, такъ какъ только это право регулируетъ дѣятельность пословъ и только ему юридически подчинены послы. Отсюда естественно вытекало, что „посолъ принципиально былъ изъятъ изъ-подъ дѣйствія на него мѣстнаго уголовного права государства“ (стр. 25); „подчиняясь народному праву, [онъ] почитался уже внѣ воздѣйствія на него со стороны мѣстнаго уголовного закона“ (стр. 64): „*secundum civilis legis rigorem coerceri ille non debet. Affert enim legatus secum juris gentium leges et normas, quas juxta examinari et puniri delicta eius oportet*“ (Kirchner, Legatus, Lib. II, cap. I, num. 125; Овчинниковъ, стр. 26—27. Ср. Kirchner, I. c. num. 130; Овчинниковъ, стр. 64) какія-нибудь нормы мѣстнаго уголовного права, то лишь тѣ, которыя совпадаютъ съ законами божественными или съ нормами естественнаго права (разумѣется, и права народовъ): „*tum divinis, tum naturalibus legibus*“ (Kirchner, тамъ же); „*Quaedam sunt iuris naturalis et generalia; his omnino tenetur legatus*“ (Kеckermann, см. Овчинниковъ, стр. 29 прим. 3). Авторъ не обратилъ достаточно вниманія на то обстоятельство, что упомянутое изъятіе посла изъ-подъ дѣйствія мѣстнаго уголовного права и подчиненіе его нормамъ права народовъ (а также божественнаго права и права естественнаго) не даетъ еще послу особой привилегіи, такъ какъ въ такомъ положеніи, по возрѣніямъ того времени, находились не одни только послы, но и всѣ иностранцы вообще. Тексты, свидѣтельствующіе о такомъ положеніи вещей, можно найти у самого автора, но эти тексты не использованы имъ: „*Cujusque enim civitatis leges intra territorium ejusdem terminantur, nec in alterius regionis incolae aut cives valent, cum leges civiles eae sint, quas quisque populus sibi, non alteri posuit*“ (Kеckermann, тамъ же, ср. M. Rassch, тамъ же, а такъ же слова Эйро, приведенныя авторомъ на стр. 49-50). Находились однако писатели, которые расширяли понятіе естественнаго права и права народовъ, охватывая ими и все мѣстное право, такъ какъ это послѣднее, по ихъ мнѣнію, несомнѣнно выте-

каетъ изъ тѣхъ же источниковъ: „iure civili quod indubitato e fontibus iuris naturalis et iuris gentium fluxit“ (стр. 25). Авторъ, мнѣ кажется, неправъ, приводя это мнѣніе наряду съ другими, ограничивающими отвѣтственность посла нормами права народовъ. Это мнѣніе, принадлежащее автору анонимнаго трактата „De Legato et Absoluto Principe Perduellionis Reo,“ я бы указаль, совершенно совпадаетъ съ мнѣніемъ испанскаго писателя Вэра и Сунига, о которомъ авторъ упоминаетъ, повидимому, какъ объ единственномъ исключеніи: „находился и писатель, утверждавшій, что посолъ именно не независимъ и вообще отъ всѣхъ уголовныхъ законовъ въ странѣ, при государѣ которой онъ аккредитованъ“ (стр. 30 прим. 3).

Если нетрудно установить, что посолъ подчиненъ лишь нормамъ права народовъ и можетъ быть подвергнутъ лишь тѣмъ наказаніямъ, которыя предусмотрены тѣмъ же правомъ народовъ (а также божественнымъ правомъ и правомъ естественнымъ)—таково было общепринятое мнѣніе того времени, отразившееся и въ литературѣ—то гораздо труднѣе опредѣлить, нарушена-ли въ данномъ конкретномъ случаѣ норма права народовъ: „Sed difficultas maxima est, quando dicatur contra ius gentium egisse“ (Besold, Specilegia, Avg. 1624, p. 77; см. Овчинниковъ, стр. 64). Но этотъ вопросъ разсматривается нашимъ авторомъ только въ связи съ политическими преступленіями, въ главѣ II, и мы, поэтому, не будемъ касаться его здѣсь, а вернемся къ нему позднѣе.

Въ концѣ этого перваго очерка, посвященнаго роли права народовъ, авторъ дѣлаетъ переходъ отъ матеріальнаго уголовного права къ процессуальному. Итакъ, и говоря вообще, читаемъ мы на стр. 30—32, изслѣдуемые авторы согласны въ томъ, что лишь совершеніе со стороны посла «delictorum iuris gentium», «criminum generis humani» и т. п. выдвигаетъ и тотъ вопросъ, какъ же нужно поступить (и по началамъ тоже народнаго права) при такихъ обстоятельствахъ съ неприкосновеннымъ посломъ. Конечно, это только суживало рамки задачи, сводя всю ее къ одному,—кто же собственно можетъ быть судей провѣннишагося посла. Практически, несомнѣнно, такая „судебная“ или процессуальная постановка вопроса представляла наибольшее значеніе, и многіе изъ писателей на ней, по преимуществу, сосредоточили свое вниманіе, но едва-ли можно сказать, что все сводилось къ этому одному вопросу. Въ другомъ мѣстѣ, въ главѣ о заговорѣ, авторъ самъ удѣляетъ немало мѣста вопросамъ матеріальнаго уголовного права; туда же отнесено и подробное разсмотрѣніе вопросовъ процессуальнаго права, о чемъ здѣсь упомянуто лишь мимоходомъ, причемъ все же въ числѣ примѣровъ приводится и такой, которому мѣсто было бы въ слѣдующей главѣ, специально посвященной преступленіямъ политическимъ (заговорамъ противъ государей), а именно трактатъ: „Quaestio vetus et nova: An legatum

adversus Principem vel Rempublicam ad quam missus est delinquentem saluo Iuregentium capere, retinere, ac punire liceat?“ (стр. 33).

Вторая часть Главы I (стр. 34—57) посвящена характеристикѣ двухъ основныхъ литературныхъ теченій въ вопросѣ о независимости посла,—теченія противъ независимости посла и теченія въ пользу такой независимости.

Основное теченіе, признававшее посла зависимымъ отъ мѣстнаго закона и власти, устанавливало эту зависимость, какъ мы уже видѣли, въ томъ только случаѣ, если посолъ совершитъ правонарушеніе, которое можетъ быть квалифицировано, какъ нарушеніе нормъ права народовъ. Только о немъ и идетъ рѣчь. Мы знаемъ, что находились писатели, которые шли далѣе, подвергая посла отвѣтственности и за нарушеніе нормъ мѣстнаго уголовного права, но это теченіе было слабо. Впрочемъ доказательства, приводимыя противъ признанія независимости посла, были, какъ мнѣ кажется, одни и тѣ же, отличаясь въ послѣднемъ случаѣ лишь болѣе строгимъ толкованіемъ. Было и еще одно теченіе, тоже въ пользу зависимости посла. Представители его говорили вообще только о честномъ поведеніи посла, о томъ, чтобы посолъ не былъ самъ обидчикомъ и правонарушителемъ, овсе не разбираясь въ томъ, нарушилъ-ли посолъ норму туземнаго права или права народовъ. О нихъ авторъ упоминаетъ въ концѣ прим. 3 къ стр. 30. Авторъ совершенно вѣрно сводитъ всю аргументацію противниковъ посольской независимости къ тремъ пунктамъ. Во-первыхъ—начало взаимности. Оно требуетъ, чтобы праву пословъ на неприкосновенность противопоставалась обязанность съ ихъ стороны не совершать правонарушеній, ибо, если нуждается въ защитѣ посолъ, то нуждается въ ней и государство, гдѣ посолъ имѣетъ свое пребываніе. Право народовъ, защищая отъ обидъ посла, ведущаго себя правомѣрно, отказывается отъ его защиты и требуетъ его наказанія, если онъ самъ наноситъ обиды и превращается въ преступника: „cum legationum iura aequabilia sint, parique passu ambulent (Chokier, p. 98; Овчинниковъ, прим. 1 къ стр. 36); „Par enim est legatis hoc jus et contra legatos“ (Krembergk, thes. XV nota b; Овчинниковъ, стр. 36).<sup>1)</sup>

Второй рядъ аргументовъ противники независимости посла находили въ нормахъ римскаго права. Они одинаково пользовались какъ тѣми нормами, которыми регулировалось положеніе иностранныхъ пословъ, такъ и тѣми, которыя опредѣляли юридическое положеніе провинціальныхъ или муниципальных пословъ, т. е. депутатовъ, отправляемыхъ римскими же провинціями и муниципіями по своимъ

<sup>1)</sup> „Jus gentium reciprocum est, et tam violari a legatis quam in legatis“ (Quaestio vetus et nova, см. Овчинниковъ, стр. 83 прим. 1). Этотъ текстъ приведенъ авторомъ въ главѣ II, гдѣ рѣчь идетъ о заговорѣ, хотя имѣетъ общее значеніе.

дѣламъ къ центральному правительству. Особенно легко было аргументировать нормами, касавшимися этихъ послѣднихъ. На возраженіе, что такого рода нормы, созданныя для внутренняго обихода государства, не могутъ быть переносимы на пословъ иностранныхъ государствъ, противники независимости пословъ отвѣчали доводами отъ разума: если эти нормы разумны,—а въ этомъ сомнѣній не было,—то онѣ примѣнимы одинаково, какъ къ посламъ муниципальнымъ (депутатамъ), такъ и къ посламъ иностраннымъ; причины, вызывающія необходимость нормъ, устанавливающихъ зависимость посла, не мѣняются отъ того, что посолъ не муниципальный, а иностранный. На этомъ весьма важномъ вопросѣ о примѣненіи нормъ земскаго права къ международнымъ отношеніямъ въ области посольскаго права авторъ нашъ, къ сожалѣнію, не останавливается съ достаточной подробностью. О чемъ говорятъ отдѣльныя нормы римскаго права и какимъ образомъ средневѣковые и позднѣйшіе юристы прилагивали ихъ къ отношеніямъ между-государственнымъ, которыхъ законодатель при ихъ созданіи вовсе не имѣлъ въ виду, объ этомъ мы почти ничего не узнаемъ изъ книги г. Овчинникова. Въ ней прослѣжена только аргументація Джентили и то не съ достаточной наглядностью.

Наконецъ, третій рядъ аргументовъ въ защиту зависимости посла писатели находили въ историческихъ примѣрахъ. Послѣдніе черпались, по преимуществу, изъ древней исторіи, но приводились также и примѣры изъ болѣе близкой эпохи, даже изъ современной этимъ писателямъ дѣйствительности. Факты въ исторіи встрѣчались разные, и писателямъ было нетрудно выбрать изъ нихъ тѣ, которые болѣе подходили подъ защищаемый ими тезисъ. Каковы были въ этомъ отношеніи литературные приемы XVI—XVII вв., какъ подбирались эти примѣры, кто изъ писателей предпочиталъ примѣры современной дѣйствительности,—обо всемъ этомъ мы напрасно стали бы искать болѣе или менѣе удовлетворительнаго отвѣта въ разбираемой книгѣ. Вопросу посвящено всего двѣ страницы съ небольшимъ (стр. 41—43). При указанномъ выше общемъ пренебреженіи автора къ фактамъ дѣйствительной жизни, такое отношеніе его и въ данномъ случаѣ до извѣстной степени понятно, хотя здѣсь рѣчь идетъ все же о фактахъ, воспринятыхъ литературою, сдѣлавшихся уже ея достояніемъ. Небольшое приложение III (стр. 154—156) дополняетъ изложеніе, помѣщенное въ текстѣ, констатированіемъ факта непровѣренности сообщаемыхъ литературою изслѣдуемаго времени историческихъ фактовъ.

Второе основное теченіе въ литературѣ посольскаго права XVI—XVII вв. было то, которое отстаивало начало независимости посла. Главнымъ представителемъ этого теченія былъ упомянутый уже нами Пьеръ Эйро, родоначальникъ ученія о посольской внѣземельности, воспринятого впоследствии Гуго Гроціемъ. На изложеніи доводовъ

Эйро мы и остановимся теперь вмѣстѣ съ авторомъ (стр. 43—55). Послѣдній предваряетъ это изложеніе выясненіемъ взглядовъ Эйро на вопросъ о томъ, кто является субъектомъ посольскаго права, т. е.—кто имѣетъ право отправлять пословъ (стр. 44—46). Вопросъ этотъ далеко не безразличенъ, но въ другихъ случаяхъ авторъ не считалъ нужнымъ останавливаться на немъ. О юридическомъ положеніи пословъ Эйро говоритъ въ двухъ трактатахъ. Въ первомъ, болѣе раннемъ, изданномъ въ 1573 году на латинскомъ языкѣ („*Decretorum Libri VI*“), Эйро стоитъ еще на точкѣ зрѣнія противниковъ посольской независимости. Только въ позднѣйшемъ своемъ трактатѣ, появившемся въ 1587 г. на французскомъ языкѣ („*L'ordre, formalité et instruction judiciaire*“), Эйро совершенно мѣняетъ свою точку зрѣнія и изъ сторонника зависимости посла становится поборникомъ его полной независимости. Авторъ вѣрно констатируетъ этотъ фактъ, но не пытается дать ему объясненіе. Между тѣмъ такое объясненіе напрашивается. Между обѣими датами, 1573 и 1587 годами, лежитъ дата, когда возникло нашумѣвшее на всю Европу дѣло о заговорѣ Бернардино Мендозы, а именно 1574 годъ. Нельзя ли объяснить происшедшую въ Эйро перемену вліяніемъ на него именно этого дѣла? Я ставлю здѣсь только вопросъ.

Перехожу къ доводамъ Эйро, хорошо сгруппированнымъ въ книгѣ г. Овчинникова, который, понятно, указываетъ и тѣ мѣста изъ Гуго Гроція, гдѣ этотъ послѣдній воспроизводитъ доводы своего предшественника.

Задача, которую надлежало рѣшить Эйро, заключалась въ томъ, чтобы, какъ отмѣтилъ самъ Эйро, отвѣтить на вопросъ, имѣютъ ли послы „*cela de privilège, qu'à l'occasion du délict ils ne contractent nul domicile*“ (Овчинниковъ, стр. 48). Его не удовлетворяло рѣшеніе, что посолъ пользуется неприкосновенностью, пока не совершитъ преступленія. Такою привилегіей пользуются всѣ; посолъ же долженъ имѣть специальную привилегію, которую ему даетъ право народовъ (стр. 50), какъ лицу, охраняющему необходимый для нормальной жизни народовъ международный миръ. Дальнѣйшіе заводы свои Эйро выводитъ изъ положенія лицъ, отправляющихъ посла („*de ceux qui l'envoient*“), изъ положенія лицъ, принимающихъ его („*de ceux vers lesquels il est envoyé*“) и изъ характера самой миссии посла („*pour la qualité des negoces et affaires qu'il traite*“). Въ первомъ отношеніи, посолъ, представляя особу государя и являясь его уполномоченнымъ, не подчиненъ, какъ и самъ государь, законамъ („*solutus est legibus*“) и отвѣчаетъ только передъ своимъ государемъ. Далѣе, въ страну, куда онъ отправленъ съ миссіей, посолъ является, довѣряя слову, что ему въ этой странѣ не будетъ причинено никакой обиды, и онъ не будетъ подчиненъ мѣстнымъ законамъ, считаясь, какъ бы, отсутствующимъ, хотя и находится въ данной странѣ: „*Car,*



*l'ambassadeur vient sous la foy publique... vient sous cest loy commune, et privilege que tous octroient, qu'encores qu'il soit en pays d'ennemy, il y sera tenu pour absent et pour present en son pays: qui est à dire, s'il est Ambassadeur par deuers nous, qu'il ne sera astraint, ny subiect à nos loix: n'aurons puissance, coërtion ny animaduersion par-dessus luy*" (Овчинниковъ, стр. 51—52). Въ этихъ словахъ уже заключается все учение о посольской внѣземельности, получившее въ послѣдствіи столь широкое истолкованіе. Эйро настаиваетъ на своей фикции внѣземельности: „*tenu et reputé pour absent... Il ne faux donc point dire, qu'en cas de crime on pourroit bien luy faire procès Car s'il est absent, ou tenu pour tel, comment luy bailloeroit - on iour et assignation? comment le constitueroit - on prisonnier?*" (стр. 52). Наконецъ, третій доводъ Эйро въ пользу независимости посла заключается въ характеръ дипломатической миссіи. Посолъ не былъ бы въ состояніи съ необходимымъ достоинствомъ и спокойствіемъ отправлять свои функции, его государь не могъ бы ввѣрять ему государственныхъ тайнъ, если бы посолъ не пользовался независимостью, ибо, въ случаѣ надобности и при желаніи, государю весьма нетрудно найти среди своихъ подданныхъ угодныхъ ему судей и свидѣтелей, при помощи которыхъ ни въ чемъ неповинный, но почему-либо негодный мѣстной власти посолъ будетъ привлеченъ къ суду и осужденъ.

Представленное Эйро теченіе въ пользу независимости посла приобрѣло, повидимому, къ началу XVII вѣка значительную силу. Авторъ этого не отмѣчаетъ, хотя въ изученной имъ литературѣ имѣется указаніе на распространенность указаннаго направленія; „*Sunt alii*", замѣчаетъ авторъ анонимнаго трактата *Quaestio vetus et nova* (Argentor., p. 48; Hrabar, *De legatis*, p. 202), „*qui legatorum sceleribus usque eo patrocinium suum locant, ut non modo excusandos censeant, sed et defendendos suscipiant: quorum ut maior est numerus, ita et plures rationes et obiectiones*". Однако дошедшая до насъ литература почти вся стоитъ на противоположной точкѣ зрѣнія, что авторомъ вѣрно констатируется: „Нельзя сказать", говоритъ онъ, „чтобы идеи Эйро о независимомъ послѣ нашли для себя многихъ сторонниковъ въ современной ихъ появленію литературѣ, и даже, повидимому", прибавляетъ онъ осторожно, „одинъ только Морнакъ, тоже французскій юристъ, раздѣлялъ точку зрѣнія своего соотечественника" (стр. 55). Въ другомъ мѣстѣ (стр. 31 прим. 1) авторъ, какъ будто, нашелъ еще одного писателя, который тоже стоялъ за независимость посла, притомъ въ весьма рѣзкой формѣ: „здѣсь можно бы указать на одно мнѣніе, по которому слѣдовало, что даже и вообще „*impune legatos licere, sive per fas, sive per ne fas, quicquid sibi abs principe mandatum est exequi*" (Fr. La Mothe Le Vayer, *Legatus MDLXXIX*. c. VI). Столь широкое освобожденіе посла отъ нормъ уголовного права не вызвало однако сочувствія у другихъ авторовъ.

Объ Эйро и Морнакѣ въ этомъ мѣстѣ г. Овчинниковъ ничего не говоритъ. По поводу взглядовъ Ламотъ Левайе можно привести слова Арума: „*fallitur vehementer Fr. le Veyer dum per fas et nefas Legato ad mandatum executionem grassari licere existimat*" (*Discursus Academici* ed. 1616, vol. I p. 201; Hrabar. l. c. p. 213). Повидимому, на практикѣ взгляды Эйро въ XVII вѣкѣ встрѣчались и примѣнялись чаще, чѣмъ это можно думать, если руководиться одними лишь литературными указаніями. Если это было такъ, то мы только наблюдаемъ обычное въ жизни явленіе: въ то время, какъ жизнь идетъ своимъ путемъ впередъ, литература (юридическая въ особенности) повторяетъ зады и топчется на мѣстѣ, не считаясь ни съ новыми требованіями, ни съ новыми проявленіями дѣйствительной жизни. Что касается Морнака, то онъ столь же твердо, какъ Эйро, а, пожалуй, еще опредѣленнѣе отстаиваетъ независимость посла, не допуская даже его вопроса: *didici ego ab antiquioribus... legatum quacumque ex causa detrectare posse exteros eorum iudices apud quos degit, adeo ut ne quidem interrogari se sinat de proposito crimine* (стр. 56). Онъ указываетъ и тотъ единственный выходъ, который возможенъ и практикуется донинѣ въ случаѣ совершенія посломъ какого-либо преступленія; это — обращеніе къ пославшему его государю съ просьбой отозвать посла (Эйро говорилъ еще о выдачѣ посла для наказанія тому государству, гдѣ имъ совершено было преступленіе).

Главу II (стр. 60—90) авторъ, какъ уже было сказано, посвящаетъ всю цѣликомъ преступленію заговора. На неудобство обособленнаго разсмотрѣнія положенія посла-заговорщика мы тоже уже указывали. Мы снова узнаемъ въ этой главѣ, что посолъ отвѣчаетъ только за нарушенія нормъ права народовъ (стр. 63), о чемъ говорилось уже подробно на стр. 22—33. Тамъ констатированіемъ этого факта авторъ и довольствовался. Теперь онъ идетъ далѣе и справедливо замѣчаетъ, что эта простота рѣшенія таила въ себѣ большія трудности, и единогласіе литературы превращалось въ значительное разнорѣчіе, какъ только приходилось рѣшать, когда же именно нарушаются нормы права народовъ. Однако указанное затрудненіе возникало не только при совершеніи политическихъ преступленій, въ частности при заговорахъ, но и при всѣхъ другихъ преступленіяхъ, караемыхъ правомъ народовъ. Авторъ неправильно сузилъ рамки этихъ затрудненій однимъ вопросомъ о заговорѣ и этому послѣднему далъ едва-ли правильное объясненіе. Объясняетъ онъ расхожденіе мнѣній по отношенію къ суду надъ посломъ-заговорщикомъ двойственною природою права народовъ: «по одному опредѣленію этого права выходило такъ, говорилъ онъ, что это и простое и даже (если угодно) грубое право опирается исключительно на естественный разумъ, откуда и беретъ для себя свои заключенія; тогда какъ по другому — народное право есть нѣчто совершенно иное и представляетъ оно изъ себя не



болѣе, какъ только то право, коимъ именно и пользуются, живутъ народы» (стр. 65—66); «нельзя не видѣть, что расхожденіе въ главномъ, въ самомъ принципѣ, вызвало и расхожденіе въ частностяхъ» (стр. 67). «Разные источники, разные способы изученія, разные и результаты изслѣдованія!» заключаетъ авторъ (тамъ же). Онъ даже дѣлаетъ попытку классификаціи писателей по этому началу, относя Арума и Грифіандра къ первой категоріи и заявляя, что эти писатели «обращались къ изученію уголовного законодательства [курсивъ автора] отдѣльныхъ странъ, чтобы такимъ путемъ почерпнуть выводы, годные и для *jus gentium*» (тамъ же). Представителей второй категоріи онъ здѣсь не упоминаетъ, но имѣются въ виду Джентили, Бортъ, Кирхнеръ (см. стр. 66 прим. 1). Я не вижу возможности установить подобную классификацію писателей по различію ихъ воззрѣній на природу права народовъ. Мнѣ, наоборотъ, представляется, что въ этомъ отношеніи никакого различія между писателями нѣтъ: всѣ они ссылаются на право народовъ и всѣ одинаково понимаютъ его, обосновывая его нормы какъ на *ratio naturalis*, такъ и на историческихъ примѣрахъ. Такъ понималъ въ послѣдствіи право народовъ и Гуго Гроцій. Не одинъ только Арумъ обладалъ «столь обширными знаніями въ области сравнительнаго правовѣдѣнія» (?), какъ говоритъ авторъ, не рѣшаюсь сказать—серьезно или иронически (стр. 70 прим. 1). Принадлежавшій, по классификаціи автора, къ противоположной группѣ писателей Джентили обладаетъ такими же познаніями и приводитъ историческіе примѣры въ доказательство наличности нормъ права народовъ, какъ это констатируетъ и самъ авторъ (стр. 68 прим. 1, абз. 3). Если авторъ находитъ соединеніе *ratio naturalis* съ *jus gentium* у Джентили («Habet *jus gentium* rationes naturales, quae insitae omnibus a natura») и Кирхнера («Naturalis . . . ratio, *iusque gentium*, quo legati causa iudicanda») (стр. 66 прим. 1), то совершенно тождественное утвержденіе я могу привести и изъ трактата Арума, отнесеннаго авторомъ къ противоположной категоріи писателей («*jus gentium* vero nihil aliud est . . . quam *ratio summa insita a natura*». *Discursus Academici*, vol. I. p. 202). И къ чему понадобились автору всѣ эти разсужденія о разногласіяхъ, когда авторъ, въ концѣ концовъ, хотя и въ примѣчаніи, самъ же приходитъ къ выводу, что «заговоръ, достигшій цѣли, которую имѣлъ въ виду заговорщикъ, не вызывалъ разногласій» (стр. 68 прим. 1).

Разногласіе вызывало не политическое преступленіе, а намѣреніе совершить его, покушеніе на него. По отношенію къ заговору выполненному всѣ (кромѣ сторонниковъ посольской независимости, какъ Эйро, Морнакъ и др.) одинаково признавали, что посоль-заговорщикъ подлежит мѣстному суду, какъ и посоль, совершившій обыкновенное преступленіе (на основаніи тѣхъ же аргументовъ римскаго права, см. Овчинниковъ, стр. 82), и можетъ быть подвергнутъ смертной казни,

ибо такова была норма права народовъ, другими словами,—таковъ былъ обычай всѣхъ народовъ и того же требовалъ естественный разумъ. Споръ вызывалъ только вопросъ, наказуемо-ли намѣреніе, т. е. заговоръ, не приведенный въ исполненіе. Авторъ это самъ хорошо видитъ (стр. 65), но рассматриваетъ случай неудавшагося заговора лишь какъ частный (стр. 67—68). Между тѣмъ этотъ случай былъ единственный,—только онъ и вызывалъ разногласіе у писателей, стоявшихъ вообще на точкѣ зрѣнія зависимости посла. При этомъ разногласіе вытекало не изъ различнаго пониманія термина *jus gentium*, хотя и это обстоятельство, быть можетъ, въ данномъ случаѣ играло извѣстную роль. Покушеніе на преступленіе политическое, такъ наз. *laesa Majestas* римскаго права (въ томъ числѣ и заговоръ), было предметомъ спора потому, что оно представляло исключеніе изъ обычнаго представленія о не наказуемости намѣренія совершить преступное дѣяніе: «*Effectus, non affectus punitur*». Римское право императорскаго періода для этого рода преступленій устанавливало наказаніе за приготовленіе къ преступленію одинаковое съ тѣмъ, которое полагалось за совершенное дѣяніе, а именно—смертную казнь. Норма эта, содержащаяся въ Юстиніановомъ Кодексѣ (l. 9 *Quisquis* C. VIII 5 ad l. *Iul Majest.*), и была камнемъ преткновенія для писателей. Одни считали ее нормою права народовъ, ибо она заключалась въ римскомъ правѣ, этомъ писанномъ разумѣ, и пытались найти ее у другихъ народовъ. Къ этой категоріи писателей принадлежитъ Арумъ: «*gentium vero instituta moresque conjurantes, licet effectum non assequantur, puniunt*»; «*non puto dubitari quin id, quod Romanis legibus de conatu expressum in l. quisquis C. ad l. Iul. majest, etiam gentium aliarum legibus et institutis consentiat, jus gentium ergo punit conatum, et si non puniret, miserrima regum foret conditio*» (*Discursus Academici*, v. I p. 198—199; Овчинниковъ, стр. 70 прим. 1, безъ указанія страницъ). Другіе, видя въ вышеупомянутой нормѣ римскаго права уклоненіе отъ предписаній естественнаго разума, не допускали возможности отождествленія совершеннаго преступленія съ намѣреніемъ совершить его и, не считая ее нормою, встрѣчающуюся у всѣхъ народовъ, признавали ее не нормою права народовъ, а специальною нормою, установленной для одного лишь римскаго государства, а слѣдовательно нормою внутренне-государственного туземнаго права, нормою *iuris civilis*, которой не только послы, но и иностранцы не подчинены. Приведу для примѣра слова Борты, которыя авторъ не использовалъ въ своемъ изслѣдованіи. Бортъ отрицаетъ отвѣтственность посла за заговоръ противъ государя или участіе въ немъ: «*Quia poena illa, quae hic affectum punit, est solius juris Civilis, non gentium . . . Ius gentium id quod factum non est, ut factum non punit. Est enim contra naturalem rationem*». (*De Legationibus et Legatis* въ «*Discursus Academici*» Арума, v. I p. 354).

Во второй части главы II авторъ отъ матеріальнаго уголовного

права переходить къ процессуальному (стр. 71—90), о которомъ онъ лишь мимоходомъ упомянулъ въ Главѣ I, когда рѣчь шла объ общихъ преступленіяхъ, совершенныхъ посломъ. Разсмотрѣніе этого вопроса было бы умѣстнѣе въ Главѣ I, и, если авторъ перенесъ его въ отдѣлъ о заговорѣ, то только потому, что въ такой связи онъ нашелъ его у своихъ писателей, которыхъ интересовало почти исключительно только положеніе пословъ-заговорщиковъ.

Послѣ экскурса, посвященнаго дѣлу о заговорѣ Мендозы, которое почему-то излагается въ этомъ мѣстѣ (стр. 72—75), авторъ сообщаетъ выводы, къ которымъ его привело изученіе литературы посольскаго права XVI—XVII в.в. по вопросу объ уголовно-процессуальномъ положеніи пословъ.

1. Посоль-заговорщикъ судится и наказывается властью мѣста совершенія дѣянія; никакихъ сношеній съ лицомъ, отправившимъ посла, не требуется (стр. 76). Писателей смущалъ римскій обычай, требовавшій выдачи виновнаго посла для наказанія: «quia haec esse videtur iuris gentium definitio, ut qui legatum violarit, is dederetur: et contra, dederetur legatus, qui violaverit iura gentium (Gentilis, De Legationibus, lib. II cap. XIX; Овчинниковъ, стр. 77). Въ этомъ требованіи скрывалась необходимость участія въ судьбѣ виновнаго посла того государя, который отправилъ его съ миссіей. Необходимы-ли предварительныя съ нимъ сношенія? Отвѣтъ съ точки зрѣнія права, могъ быть отрицательный, такъ какъ посолъ находился во власти потерпѣвшаго отъ его дѣйствій государя, и актъ выдачи былъ ненуженъ: «dedendum istum legatum censuimus, qui cum in potestate sit laesi principis, haberi ipsum pro dedito, iuris est» (Gentilis, l. c., cap. XXI; Овчинниковъ, стр. 79 прим. 2); «ipso facto in potestatem principis delapsus, secundum ius gentium poterit plecti» (Kirchner, Legatus, lib. II, cap. I, num. 166; Овчинниковъ, тамъ же). Сношенія по такимъ дѣламъ были весьма щекотливы, и результатъ ихъ едва-ли могъ быть благоприятный, въ особенности, когда, какъ нѣкоторые писатели это рекомендовали, у государя желали узнать, съ его-ли согласія и одобренія посолъ принялъ участіе въ заговорѣ. Подобная миссія не удалась и въ дѣлѣ Мендозы (стр. 72 и 74). Жизнь выработала средній путь: посолъ, виновный въ томъ, что принялъ участіе въ заговорѣ, высылался изъ предѣловъ государства. Такое рѣшеніе вопроса не соответствовало строгому праву, но являлось требованіемъ государственной пользы и международной вѣжливости: «qui sapit non ex eo, quod fieri debet, sed ex eo, quod fit, magis rem aestimabit» (Овчинниковъ, стр. 80). Здѣсь, равно какъ и въ другихъ мѣстахъ, авторъ, на мой взглядъ совершенно ошибочно, принимаетъ высылку—мѣру предупрежденія и пресѣченія—за наказаніе (см. въ особенности прим. 1 на стр. 69 и прим. 1 на стр. 70 въ концѣ; въ первомъ случаѣ въ спорѣ между авторомъ и Setser'омъ, я думаю, правъ послѣдній, который высылку

не считаетъ наказаніемъ, и въ этомъ смыслѣ понялъ Джентили) и вообще удѣляетъ этому вопросу слишкомъ много мѣста.

2. Государь, отправившій съ миссіей посла, который затѣмъ принялъ участіе въ заговорѣ, не только можетъ, но и обязанъ наказать его (стр. 83—84). Такое допущеніе вмѣшательства отечественной власти въ дѣло посла-заговорщика авторъ считаетъ уже смягченнымъ взглядомъ сравнительно со взглядомъ, требовавшимъ выдачи посла для наказанія. Онъ приписываетъ его Паскалю и Отману и тутъ же даетъ изложеніе теоріи того и другого (стр. 84—88).

3. Наконецъ, г. Овчинниковъ указываетъ еще на одно рѣшеніе вопроса, при которомъ «политическія соображенія и мотивы цѣлесообразности уже явно главенствовали надъ правовыми» (стр. 89—90). Такое рѣшеніе онъ усматриваетъ у Марселера: «Attendat tamen offensus, num gratiam Principis aut Populi externi, pluris facere debeat, quam vindictam suppliciumve unius Legati». Поведеніе это состоитъ въ томъ, чтобъ отказаться отъ права въ интересахъ общественной пользы («utilitas publica»).

Указаніе на эти ступени, ведущія къ признанію независимости посла, если не юридической, то, по крайней мѣрѣ, фактической, очень интересно. Не слѣдуетъ только придавать этой классификаціи слишкомъ большого значенія. По существу, между представителями этихъ различныхъ теченій большого расхожденія нѣтъ. Всѣ они, не исключая и Марселера, съ точки зрѣнія права, считаютъ посла-заговорщика зависимымъ отъ мѣстной власти. Разница лишь въ томъ, что нѣкоторые изъ нихъ рассматриваютъ вопросъ не только съ точки зрѣнія права, но и съ точки зрѣнія цѣлесообразности, и съ этой послѣдней точки зрѣнія даютъ болѣе или менѣе одинаковые совѣты не пользоваться строгимъ правомъ, а направлять свое поведеніе, руководствуясь интересами государства, и соблюдая международную вѣжливость. Мотивъ вѣжливости у автора не упоминается, но текстъ, свидѣтельствующій о существованіи такого мотива, можно найти и у него, только въ другомъ мѣстѣ (стр. 120 прим. 1). Онъ принадлежитъ Безольду, который вообще совѣтуетъ осторожность («caute sit procedendum»; см. стр. 88 прим. 1 въ концѣ): «licet sortiatur quis jam dicto modo forum in loco delicti: tamen in contemptum Domini sui vergit (cujus utpote personam representat) ut alibi puniatur. Quod et civile magis est».

Глава III (стр. 94—133) является, какъ бы, дополнительной. Задача ея—показать, что тѣ мотивы, которые привели Эйро къ признанію посольской независимости, не были чужды, если не всѣмъ, то огромному большинству современныхъ писателей по посольскому праву, но эти писатели, тѣмъ не менѣе, не дѣлали изъ нихъ тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришли Эйро и Морнакъ. Мнѣ кажется все же,—этого авторъ не отмѣчаетъ,—что признаніе указанныхъ мотивовъ не прошло безслѣдно и для писателей, не рѣшившихся итти такъ далеко, какъ

Эйро и Морнакъ. Эти мотивы отразились на избранномъ большинствомъ изъ нихъ среднемъ пути, о которомъ рѣчь была выше, пути не столько юридическомъ, сколько политическомъ, а именно—на высылкѣ преступнаго посла: хотя право допускало наказаніе посла властью государства, гдѣ совершено было преступное дѣяніе, но соображенія цѣлесообразности—продолженіе мирнаго сожителства и возможность мирныхъ сношеній, взаимное довѣріе и проч.—превышали соображенія права. Въ крайнемъ случаѣ всегда оставалось еще одно средство—война: «in eum, ut in hostem animadverti, jureque belli saevire licere» (Besold, см. Овчинниковъ, стр. 88 прим. 1). И этотъ вопросъ о войнѣ, какъ корректива посольской независимости, авторомъ не выясненъ. Вообще, интересныя соображенія авторовъ двухъ анонимныхъ трактатовъ: «Quaestio vetus et nova» и «De legato et absoluto principe perduellionis geo» недостаточно использованы въ книгѣ г. Овчинникова.

Что касается мотивовъ Эйро, то общимъ мотивомъ его были функціи посла, призваннаго устанавливать и поддерживать миръ между государствами. Этотъ мотивъ встрѣчается у всѣхъ писателей. Однако они не дѣлаютъ изъ него того вывода, который сдѣланъ былъ Эйро. Наоборотъ, нѣкоторые находили въ этомъ положеніи посла лишній доводъ въ пользу необходимости наказанія для посла, забывшаго свое положеніе: «propterea multo magis puniendi sunt, si sub facie amicitiae discordiam seminant» (стр. 99).

Изъ специальныхъ мотивовъ, на которыхъ основывается свое ученіе о независимомъ послѣ Эйро, болѣе другихъ вызывалъ разногласіе тотъ, что посолъ представляетъ въ своемъ лицѣ особу пославшаго его государя. (Здѣсь авторъ на стр. 102—105 дѣлаетъ экскурсъ въ область литературы послѣ Гроція. Этотъ экскурсъ смѣло можно было опустить или отнести въ приложенія, и тѣмъ болѣе, что авторъ для вопросовъ гораздо болѣе существенныхъ отводитъ мѣсто въ приложеніяхъ или въ примѣчаніяхъ). И этотъ мотивъ встрѣчается у большинства писателей. Авторъ приводитъ примѣры, но въ ихъ числѣ нѣтъ наиболѣе любопытнаго, гдѣ дѣлается различіе между лицами истинными (государи) и лицами представляющими (послы): «distinguendo le persone rappresentanti dalle vere» (Tasso, Dialogo см. Hrabar De Legatis, p. 121; авторъ дѣлаетъ лишь общую ссылку на Тассо въ прим. 2 на стр. 105). Но, если мотивъ Эйро нетрудно найти въ посольской литературѣ XVI—XVII в.в., то «иной вопросъ: какое значеніе придавала эта литература представительному характеру, которымъ обладалъ посолъ» (стр. 109). По этому поводу авторъ считаетъ нужнымъ поставить и рѣшить общій вопросъ о юридическомъ положеніи государя на чужой территоріи (стр. 109—121).

Авторъ, ссылаясь на книгу Ленинга «Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne», констатируетъ, что наиболѣе распро-

страненное теченіе въ литературѣ XVI и начала XVII в.в. признавало государя подчиненнымъ мѣстной юрисдикціи: «Princeps in alterius territorio censetur ut privatus, ideo ibi sortitur forum» (стр. 110). Было бы крайне интересно, если бъ авторъ попытался дать разборъ мнѣній и соображеній, которыя были въ свое время высказаны по данному вопросу въ связи съ процессомъ Маріи Стюартъ. Онъ знаетъ, что такія соображенія имѣются, но проходитъ мимо нихъ, сдѣлавъ лишь бѣглую ссылку на Кэмдена. Но и помимо Кэмдена есть много печатнаго матеріала по вопросу о правомѣрности процесса Маріи Стюартъ. О немъ авторъ не упоминаетъ. Вѣрный своему методу, онъ признаетъ лишь литературу. Результаты этого изученія изложены довольно сбивчиво<sup>1)</sup>, но, я думаю, ихъ можно свести къ слѣдующему. Въ литературѣ встрѣчается четыре точки зрѣнія: а) одни, признавая государя зависимымъ, выводятъ отсюда и зависимость посла (Отманъ); б) другіе, исходя изъ той же основной посылки, посла все же считаютъ независимымъ, такъ какъ онъ заимствуетъ свою независимость не отъ государя, а отъ государства (Джентили<sup>2)</sup>); в) третьи признаютъ начало зависимости посла, но государя считаютъ независимымъ (Арумъ); г) наконецъ, имѣется весьма своеобразное мнѣніе автора анонимнаго трактата «De Legato et absoluto Principe perduellionis geo», который, установивъ сперва, что посолъ зависимъ отъ мѣстной власти, дѣлаетъ затѣмъ заключеніе отъ посла къ государю, признавая и этого послѣдняго зависимымъ, пока онъ находится на чужой территоріи (стр. 119 прим. 1).

Въ связи съ вопросомъ о юридическомъ положеніи государя авторъ выдвигаетъ еще вопросъ о значеніи для посла мандата, даннаго ему его государемъ при отправленіи въ миссію. Обязанъ ли посолъ выполнить безнравственный или противорѣчающій праву народовъ мандатъ своего государя? Отвѣчаетъ ли онъ лично или только его государь въ случаѣ выполненія имъ такого мандата? Эти вопросы часто ставились въ литературѣ. Большинство писателей признаютъ такого посла отвѣтственнымъ за свое дѣяніе. Эйро, какъ извѣстно, выводитъ изъ представительнаго характера посла логическое слѣдствіе, что онъ, какъ его государь solutus est legibus. Авторъ не упоминаетъ о La Mothe le Vayer, о которомъ уже была рѣчь выше. Любопытно мнѣ-

<sup>1)</sup> «Итакъ, государь посла еще вовсе не независимъ, находясь за границей» (стр. 114). «Итакъ, государь на чужой территоріи еще именно неподвѣдомствененъ мѣстной власти» (стр. 116). «Иностранный государь еще именно не независимъ, находясь тамъ» (стр. 117). Эти однозвучныя выраженія слишкомъ неприятны и сбивчивы.

<sup>2)</sup> Здѣсь Джентили выведенъ въ качествѣ сторонника независимости посла. Какъ примирить это съ аргументаціей, развиваемой на стр. 77—81? «Въ сюжетѣ посольскаго права этого автора, читаемъ мы, напримѣръ, на стр. 81, оно занимаетъ выдающееся положеніе, представляя новыя доказательства въ пользу компетенціи именно мѣстной власти въ случаѣ совершенія посломъ преступления заговора».

ние Rassch'a: посолъ, участвующій въ заговорѣ, подлежитъ наказанію. если поступаетъ такъ въ силу полученныхъ имъ инструкцій отъ своего правительства; въ противномъ случаѣ надо требовать его наказанія со стороны тѣхъ, кто его отправилъ въ миссію (*themata juridico-politica de Legatis*, thes. 97—98). Объ этомъ своеобразномъ рѣшеніи авторъ не упоминаетъ.

Вторымъ специальнымъ мотивомъ для признанія посольской независимости было предположеніе молчаливаго соглашенія между государствами въ томъ смыслѣ, что ихъ послы будутъ пользоваться полной свободой; непризнание независимости посла было бы нарушеніемъ даннаго слова («*foi publique*»), вѣроломствомъ. Этотъ мотивъ встрѣчается въ литературѣ, но съ тою разницею, что *fides publica* обосновываетъ только неприкосновенность посла, а не его независимость (стр. 124—125).

Наконецъ, третій специальный мотивъ Эйро — характеръ дипломатической миссіи, требующей предоставленія послу полной свободы и независимости. Литература считалась и съ этимъ мотивомъ, но не дѣлала того же вывода. О возможномъ пристрастіи суда надъ посломъ въ странѣ его пребыванія говорятъ многіе: «*idem est accusator, subscriptor, testis, scriba, cognitor, iudex*» (Paschal, см. Овчинниковъ, стр. 131 прим. 2); «*in omni iudicio tres minimum personae desiderantur necessario. Atque in proposita specie... numerus ille confundetur, et inter duos tantum iudicium vertetur, quande idem futurus est accusator et examinitor, idemque iudex sceleris et vindex*» («*Quaestio vetus et nova*» см. тамъ же, стр. 131—132). Противники независимости посла выходили изъ затрудненія указаніемъ на то, что судить не обиженный государь, а безпристрастный, независимый судъ. Эйро, мы знаемъ, правильно понималъ значеніе такого «безпристрастнаго» суда. На стр. 126—130 авторъ снова дѣлаетъ экскурсъ въ область литературы послѣ Гроція, какъ мы это уже видѣли на стр. 102—105. Экскурсъ этотъ тоже могъ быть безъ ущерба для изслѣдованія совершенно опущенъ или выдѣленъ.

Весьма интересно и цѣнно заключеніе (стр. 134—139). Въ немъ авторъ дѣлаетъ попытку «указать тѣхъ лицъ, которыхъ, можетъ быть, имѣлъ въ виду Гроцій, описывая... различныя ученія» по вопросу о юридическомъ положеніи посла, подводя «итогъ всему, что было сдѣлано его предшественниками, въ области ученія о посольской неприкосновенности» (cap. VI). Какъ извѣстно, Гроцій (*De jure belli ac pacis*, Lib. II стр. XVIII § IV num. 1) отмѣтилъ среди своихъ современниковъ пять различныхъ теченій по вопросу о неприкосновенности посла: а) одни полагаютъ, что право народовъ даетъ послу защиту лишь отъ насилія, но не изъемлетъ его отъ дѣйствія уголовныхъ нормъ и уголовного суда; б) другіе допускаютъ воздѣйствіе на посла мѣстной власти только въ случаѣ совершенія имъ дѣянія, запрещеннаго пра-

вомъ народовъ, но не правомъ того или другого государства; в) третьи еще болѣе ограничиваютъ указанную сферу воздѣйствія на посла мѣстной власти случаями совершенія преступленій политическаго характера; г) къ четвертой группѣ отнесены тѣ, кто признаетъ посла независимымъ и считаетъ нужнымъ, въ случаѣ какого-нибудь деликта со стороны посла, обратиться съ жалобой къ лицу, пославшему посла, и предоставить ему наложеніе взысканія на посла; д) наконецъ, раздавались голоса въ пользу передачи всѣхъ дѣлъ о посольскихъ деликтахъ на разсмотрѣніе незаинтересованныхъ въ дѣлѣ третьихъ державъ. Эти-то указанные Гроціемъ пять теченій авторъ и старается отыскать въ изученной имъ литературѣ предшественниковъ Гроція, писателей XVI и начала XVII в.в. «Заключеніе» было бы еще болѣе цѣнно, еслибъ авторъ не ограничился указаніемъ примѣровъ, а сдѣлалъ дальнѣйшую попытку — распределить всѣхъ изученныхъ имъ писателей по намѣченнымъ Гроціемъ пяти вышеупомянутымъ группамъ.

Книга г. Овчинникова заканчивается Приложеніями (стр. 143—195). Ихъ всего шесть. Мы уже говорили о первыхъ трехъ и о послѣднемъ. Изъ двухъ остальныхъ Приложение IV (стр. 156—174) заключаетъ въ себѣ перепечатку изъ французскаго трактата Эйро, относящагося къ посольскому праву мѣста, а Приложение V (стр. 176—191) даетъ ненапечатанный до сихъ поръ русскій переводъ главы XVIII, книги II *De jure belli et pacis* Гуго Гроція («О правѣ посольства»), сдѣланный въ началѣ XVIII вѣка въ Кіевской Академіи и хранящійся въ рукописномъ видѣ въ Императорской Публичной Библиотекѣ.

Выше мною были указаны тѣ недочеты книги, которые, съ моей точки зрѣнія, являются болѣе существенными: полное устраненіе изъ изслѣдованія фактовъ дѣйствительной жизни и ограниченіе изслѣдованія одними литературными данными, притомъ понимаемыми въ самомъ узкомъ смыслѣ, недостаточная обработка также и литературнаго матеріала, связанная съ отсутствіемъ достаточной рельефности въ изложеніи, что замѣтно въ главахъ II и III. Къ этимъ недочетамъ слѣдуетъ присоединить еще извѣстную внѣшнюю небрежность. Я уже указалъ въ своемъ мѣстѣ на странность самаго оглавленія. Могу еще указать на ненужное испещреніе текста длинными выдержками на латинскомъ и французскомъ языкахъ: страницы 122—123, 126—129 сплошь заняты узкими цитатами, другія страницы заполнены ими на половину и болѣе (32, 35—36, 48, 49—50, 52, 77, 90, 97—98, 100, 101, 103—104, 106, 116, 133, 145, 147, 151—152); мѣсто для этихъ цитатъ лучше было отвести въ примѣчаніяхъ или приложеніяхъ. Приведу, далѣе, нѣкоторыя своеобразныя выраженія и обороты рѣчи, встрѣчающіяся у автора: «далеко собственно тогда все-таки» (стр. 59), «послѣ долгихъ... «дистинкцій»...», «совершенно немалымъ наказаніемъ для посла заговорщика слѣдуетъ почитать...» (стр. 86), «отнюдь не встрѣчаясь» (стр. 95), «не опускается изъ виду» (стр. 107), «мы достаточно много задержались» (стр. 119),

«относящееся дотуда мнѣніе» (стр. 133), «въ чемъ собственно расходился Эйро отъ представителей противнаго направленія» (стр. 49), «рядъ аргументовъ идетъ вслѣдъ за этимъ, чтобы доказать собой...» (стр. 50); «sous la roy publique» авторъ передаетъ словами «подъ охраной публичнаго слова» (стр. 124); о возраженіяхъ онъ говоритъ: «Одно изъ нихъ выглядитъ слѣдующимъ образомъ» (стр. 115); на стр. 126 вводная мысль въ сравнительно короткой фразѣ занимаетъ 12 строкъ, причемъ въ скобкахъ острыхъ заключаются еще и скобки круглыя. Въ цитатахъ изъ авторовъ г. Овчинниковъ обыкновенно очень точенъ и всегда указываетъ мѣсто, откуда та или другая цитата взята. Однако, и здѣсь встрѣчаются иногда маленькія погрѣшности. Такъ, напр., на стр. 35—36, въ текстѣ, взятомъ изъ *Questio vetus et nova sđłłlany* измѣненія и вставки: вмѣсто «quo sollicitius eorum securitati consulitur» у г. Овчинникова напечатано «quo sollicitius (legatorum) securitati consulitur (скобки принадлежатъ автору); вмѣсто «Legatus antem ita»—«Legatus ita»; въ текстѣ вставлены слова «ab Anglis» и, хотя они взяты въ скобки, но неизвѣстно, принадлежатъ-ли эти скобки автору трактата или нашему автору; на стр. 147 въ текстѣ изъ трактата Грифиандра послѣ «Kirschnerus» пропущено «d. l.», а далѣе вставлено въ скобкахъ «perpetuam sc.»; на стр. 123 пр. 3 въ ссылкѣ на Безольда указанъ «С. V; XX», между тѣмъ въ главѣ V всего 6 «numeri». Но вообще необходимо сказать, что подобныя описки встрѣчаются въ книгѣ очень рѣдко.

Но, если въ книгѣ г. Овчинникова имѣются недочеты, и даже немалые, то все же одно крупное достоинство искупаетъ ихъ вполне. Отъ нея не вѣетъ тѣмъ запахомъ затхлости, которая столь обычна въ нашихъ работахъ по международному праву. Авторъ работалъ надъ свѣжимъ матеріаломъ, еще никѣмъ не только не использованнымъ, но и не подвергнутымъ изслѣдованію. Уже однимъ этимъ онъ оказалъ наукѣ значительную услугу. Но автору удалось получить въ результатъ своего изслѣдованія и интересные научные выводы, въ особенности въ установленіи связи между ученіемъ Гроція о внѣземельности и разсужденіями Эйро о посольской независимости. Книга его является несомнѣннымъ научнымъ вкладомъ не въ одну лишь нашу русскую, но и въ общую литературу по международному праву.

Est.

A-13158

14181